

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

LUCIANE CARLA DOS REIS

**DAS POSSIBILIDADES PROBANTES PARA CARACTERIZAÇÃO DE
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA À LUZ DA LEI Nº 12.850/2013.**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2015**

LUCIANE CARLA DOS REIS

**DAS POSSIBILIDADES PROBANTES PARA CARACTERIZAÇÃO DE
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA À LUZ DA LEI Nº 12.850/2013.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Fundação Universidade Federal de Rondônia –
UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves
Quiles – Cacoal, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada
sob a orientação do Prof. M.e Bruno Milenkovich
Caixeiro.

**CACOAL - RO
2015**

Reis, Luciane Carla dos.

R375p Possibilidades probantes para caracterização de organização criminosa à luz da Lei nº 12.850/2013/ Luciane Carla dos Reis – Cacoal/RO: UNIR, 2015. 60 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. Me. Bruno Milenkovich Caixeiro.

1. Processo penal. 2. Organização criminosa. 3. Prova. I. Caixeiro, Bruno Milenkovich. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 343.1

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

DAS POSSIBILIDADES PROBANTES PARA CARACTERIZAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA À LUZ DA LEI Nº 12.850/2013.

LUCIANE CARLA DOS REIS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor M.e Bruno Milenkovich Caixeiro - UNIR - Presidente

Professor M.e Victor de Almeida Conselvan - UNIR - Membro

Professora M.^a Kaiomi de Souza Oliveira Cavalli - UNIR - Membro

Conceito: _____

Cacoal-RO, 02 julho de 2015.

AGRADECIENTOS

A Deus por ter me sustentado em todos os momentos, dando-me forças para persistir no caminho que optei por trilhar.

À minha mãe Izabel Soares dos Reis, pelas suas constantes orações e por todo o seu apoio durante este curso de graduação.

Aos membros de minha família que torceram para que eu obtivesse em concretizar o sonho de cursar uma faculdade de Direito.

Ao meu orientador, Prof. Ms. Bruno Milenkovich Caixeiro, por ter acreditado em mim, aceitando me orientar, e pelos inestimáveis direcionamentos que tornaram possível a elaboração desta monografia.

Aos professores do Departamento Acadêmico de Direito da UNIR, *campus* de Cacoal, que tanto contribuíram para minha formação acadêmica.

Aos amigos que tornaram mais suave o caminho percorrido durante os cinco anos do curso de graduação.

ocê teve a idéia errada sobre o meu pai e a família Corleone. [...] O meu pai é um homem de negócios tentando sustentar sua esposa e filhos e aqueles amigos de quem ele pode precisar algum dia em um tempo de encrenca. Ele não aceita as regras da sociedade na qual vivemos, porque essas regras o teriam condenado a uma vida não adequada a um homem como ele, um homem de extraordinária força e caráter. O que você tem de entender é que ele se considera um igual em relação a todos aqueles grandes homens como Presidentes e Primeiros-Ministros e ministros da Suprema Corte e Governadores de Estados. Ele se recusa a viver pelas regras estabelecidas por outros, regras que o condenam a uma vida derrotada. Mas seu derradeiro fim é entrar na sociedade com um certo poder, uma vez que a sociedade não protege realmente os seus membros que não possuem o seu próprio poder individual. Nesse ínterim, ele opera sob um código de ética que ele considera de longe superior às estruturas legais da sociedade”.

(Mario Puso)

RESUMO

A presente pesquisa monográfica tem como escopo analisar os mecanismos de colheita de provas que a Lei nº 12.850/2013 disponibiliza para aferição do cometimento do delito tipificado penalmente como organização criminosa. Nesse intuito, um estudo concernente à teoria da prova penal foi efetivado no segundo capítulo, eis que tal instituto é essencial à delimitação do que seja organização criminosa. O trabalho buscou averiguar se os meios de obtenção de provas constantes da lei supracitada possuem aspecto de viabilidade para a persecução criminal, de modo a possibilitar a caracterização da eventual organização criminosa, culminando na consequente responsabilização penal dos autores do delito. Com o objetivo de transmitir coerência ao trabalho, foi efetuada uma explanação acerca da conceituação de organização criminosa, devidamente fundamentada, não apenas em publicações especializadas, mas também em normas legais que vigoraram no país em um passado recente. Discorreu-se, ainda, acerca dos elementos estrutural, temporal e finalístico do crime organizado e acerca da evolução legislativa, no ordenamento jurídico pátrio, quanto ao tipo penal em comento.

Palavras-chave: organização criminosa, prova, caracterização.

ABSTRACT

This monographic study is to analyze the proof collection mechanisms that Law 12,850/2013 provides for measurement of the offense committing criminally typified as a criminal organization. To this end, a study about the theory of criminal proof was realized in the second chapter because this institute is essential to the definition of what constitutes a criminal organization. The study intended to ascertain whether the means of obtaining evidence contained in the above-mentioned law have appearance of viability for criminal prosecution, in order to enable the characterization of any criminal organization, culminating in the consequent criminal responsibility of the delinquents. An explanation about the criminal organization of conceptualization was made in order to convey consistency to work, reasoned, not only in specialized publications but also in legal rules that were in force in the country in the recent past. This study spoke up, still, about the structural elements, temporal and finalistic organized crime and about the legislative developments in the Brazilian legal system, with regard to the criminal type that is being debated.

Keywords: criminal organization, proof, characterization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

DNA - Ácido Desoxirribonucléico

EUA – Estados Unidos da América

HC – *Habeas Corpus*

MP – Ministério Público

Nº - Número

ONU – Organização das Nações Unidas

Rcl-QO - Questão de Ordem na Reclamação

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	11
1.1 DEFINIÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA	13
1.2 CARACTERÍSTICAS DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	17
1.3 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL	18
1.4 EXEMPLOS DE GRUPOS CRIMINOSOS NACIONAIS.....	20
1.5 APRIMORAMENTO LEGISLATIVO	22
1.6 INOVAÇÕES DA LEI 12.850/13	23
2 TEORIA DA PROVA PARA COMPREENSÃO DOS MECANISMOS PROBATÓRIOS RELATIVOS AO TIPO PENAL	27
2.1 CONCEITUAÇÃO DE PROVA	28
2.2 A PROVA COMO QUESITO FUNDAMENTAL	30
2.2.1 Produção da prova	32
2.2.2 Apreciação da prova	33
2.2.3 Obrigação de provar	35
3 POSSIBILIDADES PROBANTES PARA CARACTERIZAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.....	37
3.1 PRODUÇÃO DE PROVAS SEGUNDO A LEI 12.850/13	38
3.2 MEIOS PARA OBTENÇÃO DE INDÍCIOS CARACTERIZADORES	40
3.2.1 Captação de sinais e interceptação telefônica	41
3.2.2 Acesso a registros e afastamento de sigilo	43
3.2.3 Infiltração de agentes	45
3.3 CONTRAPOSIÇÃO DE INTERESSES	48
3.4 APLICAÇÃO DOS RECURSOS DA LEI	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	56
OBRAS CONSULTADAS	60

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico pretende verificar as possibilidades probantes que a Lei nº 12.850, sancionada em 02 de agosto de 2013, oferece para caracterização da conduta nela tipificada como organização criminosa.

A motivação para a escolha da supracitada norma legal como base de sustentação da pesquisa, deve-se ao caráter atual da temática, tendo em vista que a criminalidade organizada tornou-se endêmica ao ponto do ordenamento jurídico pátrio ter promovido a evolução legislativa sobre o crime em comento em dois anos subsequentes, com a publicação da Lei nº 12.694/12 e logo depois a publicação da Lei nº 12.850/13, que tem um maior nível de abrangência sobre a questão.

O interesse jurídico despertado deriva-se do fato de se tratar de diploma legal recente, que elencou mecanismos probatórios já existentes em outros dispositivos legais e, ainda, trouxe inovações quanto aos meios de colheita de evidências da prática criminosa. Assim, é natural que, no ambiente acadêmico, procedam-se especulações, hipóteses e estudos de maneira ampla a permitir uma completa compreensão do assunto.

Nesse passo, vale ponderar que todo o ramo jurídico é propenso a modificações, não apenas no tocante à positivação das normas, mas também na aplicação do direito processual, motivo pelo qual todo o esforço que se faça na busca do conhecimento é válido e nunca estará esgotado, dadas as transformações sociais que reverberam na seara jurídica.

Procura-se, por meio desta pesquisa, demonstrar, dentre as possibilidades que a lei propõe, quais se afiguram mais eficientes para que o poder público, por

meio de seus agentes, e agindo de acordo com a obrigatória legalidade, consiga aferir se um determinado grupo de pessoas se associou com fins ilícitos, caracterizando a prática delitiva nominada como organização criminosa. Esta caracterização é o ponto central da Lei 12.850/13, pois seu objetivo é ser um meio hábil a reprimir o crime organizado, que por ser de natureza formal não depende da consumação do resultado para demandar uma responsabilização penal dos autores da conduta. Porém depende da comprovação das ações descritas no artigo 1º, § 1º, da Lei 12.850, quais sejam, associação estruturada, objetivo de obter vantagem por meio de infrações penais, número de quatro ou mais integrantes, pena superior a quatro anos.

No intuito de atingir os objetivos pretendidos, esta monografia está estruturada em três capítulos, o primeiro dos quais apresenta um panorama quanto ao que a doutrina e as legislações nacionais, das últimas décadas, consideram como organizações criminosas. São mencionados exemplos de grupos criminosos atuantes no país, além de ser apontada a evolução legislativa e as novidades trazidas pela lei.

O segundo capítulo versa sobre a teoria da prova, instituto esse indispensável para a efetividade da lei. Nele são estudadas as conceituações de prova, a apreciação da prova, a obrigação de provar e ato de decidir a lide com base nas provas dos autos.

Por fim, o terceiro capítulo tem a incumbência de apresentar os mecanismos de obtenção de provas segundo a Lei 12.850/13, os meios para obtenção de indícios caracterizadores do tipo penal, oportunidade em que são comentados brevemente os expedientes preteridos pela pesquisa, sendo analisados, com maior cuidado, os processos de captação de evidências, em tese, mais aptos a demonstrar a ocorrência do crime.

A elaboração da pesquisa científica está pautada na investigação bibliográfica, utilizando, precipuamente, ao método dogmático, ancorado na pesquisa dedutiva, haja vista a inferência de ser aquele o melhor meio para o estudo do assunto tratado.

1 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A relevância do tema proposto para a presente pesquisa acadêmica se prende ao fato de que os grupos organizados com fins ilícitos atualmente representam alguns dos maiores potenciais lesivos à sociedade, conforme é dedutível das afirmações de Ziegler (2003, p. 23), para o qual a vitória do crime organizado, sobre as instituições que sustentam as nações democráticas ocidentais, se delinea no horizonte. Esse autor ensaia um diagnóstico acerca da influência que os criminosos estruturados atingiram na contemporaneidade ao aduzir:

Os cartéis do crime constituem o estágio supremo e a própria essência do modo de produção capitalista. Eles se prevalecem grandemente da deficiência imunológica dos dirigentes da sociedade capitalista contemporânea. A globalização dos mercados financeiros debilita o Estado de direito, sua soberania, sua capacidade de reagir. A ideologia neoliberal que legitima – pior: “naturaliza” – os mercados unificados difama a lei, enfraquece a vontade coletiva e priva os homens da livre disposição de seu destino. (ZIEGLER, 2003, p. 15)

No intuito de tolher eventuais interpretações equivocadas quanto à citação acima, é mister sublinhar que a sua escolha não adentra o mérito dos sistemas político-econômicos, mas se presta a reconhecer que um dos efeitos colaterais do sistema capitalista é a facilitação das transações do crime organizado.

Outrossim, verifica-se do trecho acima que o fenômeno possui escala global, de sorte que não sendo o Brasil uma exceção à regra, a preocupação em formar mecanismos destinados a combater o crime organizado levou à positivação de normas, as quais foram sendo aperfeiçoadas ao longo da evolução legislativa no tempo, circunstâncias essas que serão detalhadas em momento posterior desta pesquisa.

O fenômeno da criminalidade organizada não é de fácil compreensão, em parte devido ao fato de que os grupos ilícitos se desenvolvem adaptando-se às peculiaridades do ambiente no qual se inserem. Em comum, estes grupos têm o assistencialismo, a grande capacidade de corromper, alto poder de intimidação,

emissão de normas próprias, como a “lei do silêncio”, e o afrontamento das regras sociais e jurídicas, no entender de Ferro (2012, p. 31).

Produzindo uma ameaça tão substancial aos princípios democráticos, as associações criminosas despertaram o setor público para a necessidade de coibir suas ações criminosas. Assim é que, o cuidado em tentar coibir tais crimes permeou os programas de instituições estatais como os Ministérios Públicos dos estados do Paraná¹ e Bahia², os quais, ainda nas duas décadas anteriores, já chamavam a atenção para o “altíssimo potencial lesivo” das organizações criminosas.

Para bem compreender os conceitos que serão expostos é imprescindível que esteja clara a essência contida no vocábulo organização. Para tanto, é suficiente o parecer de Becchi (*apud* MENDRONI, 2012, p. 10), para a qual organização trata-se de:

Conjunto formalizado e hierarquizado de indivíduos integrados para garantir a cooperação e a coordenação dos membros para a perseguição de determinados escopos, ou seja, como uma entidade estruturada dotada de ideais explícitos, de uma estrutura formalizada e de um conjunto de regras concebidas para modelarem o comportamento em vista da realização daqueles objetivos.

A estrutura análoga ao modelo empresarial é um dos traços que distinguem as organizações ilícitas. A opção por este modelo não ocorre ao acaso, mas sim pelas boas probabilidades de que adotando o sistema de hierarquia e divisão de tarefas, os propósitos escusos possuem mais chances de serem alcançados satisfatoriamente.

O tipo penal ora estudado não trata-se de uma modalidade nova de crime, mas, considerando a relativamente recente promulgação da Lei 12.850/13, indagações quanto ao conceito e caracterização do crime combatido pela lei

¹ Resolução nº 1790/1999. Excerto: “Considerando que as ações desenvolvidas por essas organizações criminosas têm **altíssimo potencial lesivo**, e se estruturam através de mecanismos de alta sofisticação, que criam naturais embaraços aos meios de investigação;”. [grifos nossos] Disponível em: <<http://www.gaeco.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=27>> Acesso em: 15 maio 2015.

² MP cria Centro de Combate as Organizações Criminosas. Excerto: “as organizações criminosas têm desenvolvido práticas de atividades ilícitas com **altíssimo potencial lesivo**, constituindo verdadeiras associações empresariais de caráter interestadual e internacional”. [grifos nossos] Publicado em 03.05.2003. Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/noticias/2003/mai_21_centro.asp#> Acesso em: 15 maio 2015.

ganharam um ar de renovação, visto que o diploma legal, obviamente, trouxe inovações quanto à definição e às possibilidades probantes. Dessa forma, o interesse em destrinchar os meandros da lei objetivando a compreensão quanto a sua aplicabilidade, justificam-se.

1.1 DEFINIÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Diversos autores de expressividade no cenário acadêmico (MENDRONI, 2012; NUCCI, 2013; SILVA, 2014; ZIEGLER, 2003) são unânimes quanto à dificuldade de se conceituar organizações criminosas, pois há a necessidade de delimitar sua estrutura, comprovando sua natureza estável, demonstrando a existência de relação hierarquizada entre os seus membros, divisão de tarefas, diversos escalões e utilização de variados métodos de comunicação entre seus integrantes.

Todavia, ao longo da história, houve aqueles que ousaram formular definições do que seja o crime organizado. Nesse sentido, cabe salientar o esforço para combater a criminalidade internacional, promovido pela Organização das Nações Unidas que, no ano 2000, promulgaram a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada no Brasil por meio do Decreto nº 5.015/2004. Essa norma, que ficou conhecida como Convenção de Palermo, no seu artigo 2º, alíneas a, b e c, traz uma definição do que seja “grupo organizado”, “infração grave” e “grupo estruturado”:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de **três ou mais pessoas**, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma **pena** de privação de liberdade, cujo máximo **não seja inferior a quatro anos** ou com pena superior; c) "Grupo estruturado" - grupo **formado de maneira não fortuita** para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada; (BRASIL, 2004) [grifos nossos]

A disposição das autoridades internacionais em combater o crime, espelhada pela norma supracitada, foi acolhida no ordenamento pátrio de sorte que a partir de então, os julgadores dos tribunais superiores dela se utilizaram para classificar a conduta.

Ocorre que, no julgamento dos Embargos Infringentes relativos à Ação Penal 470, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o ordenamento não possuía definição válida para o crime de organização criminosa³. A reportada decisão reverberou em sentenças ulteriores, como se pode observar do julgamento envolvendo os dirigentes da igreja Renascer (BRASIL, STJ, RHC nº 38.674)⁴, ocasião na qual o órgão colegiado considerou não ser possível a responsabilização criminal dos réus, pois não havia tipificação legal designando o que se entenderia por organização criminosa, do que restou o entendimento de que no ordenamento pátrio não havia tipificação penal para organização criminosa, contrariando juízos anteriores de que, uma vez signatário, o Brasil havia acolhido como norma infraconstitucional a Convenção de Palermo.

Do cenário acima explicitado restou que apenas com o advento da Lei nº 12.694/12, e mais tarde, também, a Lei nº 12.850/13, solidificou-se, no ordenamento jurídico nacional, a tipificação necessária à identificação do que seja crime organizado, impondo-se uma sanção correspondente.

Todavia, é importante comparar algumas das definições que os estudiosos do direito cunharam para o delito ora tratado. Quanto ao assunto Nucci (2013, p. 13-14) leciona:

³ Excerto da Ementa do Supremo Tribunal Federal relativa ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 124082: 4. Ressalvado o entendimento do Relator, é atípica a conduta capitulada no art. 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98 - a qual foi imputada ao recorrente -, pois, **à época dos fatos** narrados na denúncia (1998 a 2005), **não havia definição jurídica na legislação pátria para organização criminosa**. 5. A Convenção Internacional de Palermo, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto nº 5.015/04, não supriu essa omissão [...]. [grifos nossos] Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25352110/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-124082-df-stf>> Acesso em: 10 fev. 2015.

⁴ Excerto da decisão do Superior Tribunal de Justiça relativa ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 38.674 - SP (2013/0174549-6): 4. Não obstante anterior entendimento desta Sexta Turma, **torna-se inviável a responsabilização criminal** [dos réus], **visto a atipicidade da conduta narrada na exordial acusatória, pois, à época dos fatos, [era] carente a descrição normativa do que seria compreendido por organização criminosa**, considerado crime antecedente à lavagem de dinheiro. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. [grifos nossos] Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25065240/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-38674-sp-2013-0174549-6-stj/inteiro-teor-25065241>> Acesso em: 08 nov. 2014.

[...] a *organização criminosa* é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo pré-estabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes. [grifo do autor]

Por sua vez, Mendroni (2012, p. 19-20) salienta que a definição de organização criminosa não pode ser demasiadamente rígida, logo que cada organização possui características próprias, motivo pelo qual seria impossível uma definição que a todas abrangesse. Assim, o conceito legal deveria permitir ajustamento às situações de fato, garantindo a operacionalidade dos meios empregados no seu enfrentamento. Em contrapartida o citado autor reflete:

Organização criminosa tradicional pode ser concebida com um organismo ou empresa, cujo objetivo seja a prática de crimes de qualquer natureza – ou seja, a sua existência sempre se justifica por que –, e enquanto estiver voltada para a prática de atividades ilegais. E, portanto, empresa voltada a prática de crimes. (2012, p. 21)

Percebe-se que além de conceituar o que seja crime organizado, há a preocupação em singularizar tais condutas de outras que se lhe avizinham, assim é que Borges (*apud* NUCCI, 2010, p. 282) assevera:

[...] existem muitas quadrilhas ou bandos que são totalmente desorganizados e que jamais poderiam ser considerados organizações criminosas com base nos critérios doutrinários. Embora normalmente tenham liderança, que organiza a ação do grupo, as quadrilhas ou bandos são formados para a prática de delitos, sem nenhuma ligação com o Estado, sem uma ação global e sem conexões com outros grupos, e jamais possuirão um caráter transnacional [...]

Conquanto atualmente o ordenamento, por meio da lei que serve de sustentação ao presente trabalho acadêmico, disponha de uma definição de crime organizado, é possível observar que em períodos de tempo relativamente longos, décadas até, estudiosos de diferentes países e escolas doutrinárias formularam definições muito semelhantes nas quais estão presentes os seguintes elementos: requisito *estrutural* (no qual é especificada a quantia mínima de membros a permitir a caracterização), requisito *temporal* (dispondo um tempo mínimo de tempo de

atuação criminosa conjunta para a caracterização), requisito *finalístico* (estipulando a associação com o propósito de cometimento de crimes), de acordo com reflexões de Silva (2013, p. 18).

O paralelo concernente ao dito acima pode ser visto em trecho do ensaio apresentado pelo secretariado da ONU, no V Congresso sobre a Prevenção do Crime e Tratamento de Infratores (*apud* FERRO, 2012, p. 388), ocorrido em 1975:

[...] é entendido como sendo a atividade criminosa complexa e de larga escala conduzida por grupos de pessoas, de qualquer modo livremente ou rijamente organizados, para o enriquecimento daqueles participantes e às expensas da comunidade e de seus membros. É frequentemente realizado mediante implacável desconsideração de qualquer lei, incluindo delitos contra a pessoa, e frequentemente em conexão com a corrupção política.

Em que pese a importância dos direcionamentos supracitados, é forçoso expor, em síntese, a conclusão de Ferro (2012, p. 494-496) acerca do tema. A mencionada pesquisadora optou por conceituar organização criminosa de acordo com as características que apresentam, dentre as quais se destacam a estabilidade e permanência da associação, um número mínimo de integrantes, os quais podem contar com a colaboração eventual de outros indivíduos, sofisticação estrutural consistente em planejamento aos moldes empresariais, estrutura hierárquica com lideranças definidas, finalidade de cometimento de crimes em quantidade indeterminada, não raro com utilização de ligações com o Poder Público alcançado por meio de corrupção ou aliciamento de membros dentre o funcionalismo público, grande poder de intimidação, emprego de assistencialismo visando angariar a simpatia de parcela da população, além de estabelecimento de uma rede de conexões com outros grupos criminosos nacionais e internacionais.

Todas as definições acima parecem convergir para a opção escolhida pelo legislador para conceituar organizações criminosas na Lei nº 12.850/13, art. 1º, § 1º:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 04 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Os vocábulos empregados no parágrafo acima foram meticulosamente escolhidos, pelo legislador, para delimitar uma conduta ilícita específica, diferenciando-a de delitos semelhantes e assim primando pela sua aplicação aos casos concretos. Tal nível de excelência conceitual foi possível somente após diversas tentativas do ordenamento legal pátrio em estabelecer tipificações para o tema, conforme será discorrido posteriormente.

1.2 CARACTERÍSTICAS DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

As muitas organizações criminosas existentes assumem características próprias e peculiares, de acordo com a comunidade na qual se inserem ou no ramo de atividade ilícita que praticam. Entretanto há características básicas comuns a todas, pelo que serão, agora, apresentadas em síntese.

O alto poder de corrupção é algo recorrente, possibilitado pela acumulação direta de riqueza. As autoridades públicas dos mais diversos escalões são o alvo das propinas, pagas objetivando os mais diversificados fins ilícitos. Aparentemente, porém, os setores mais penetráveis são as instituições de segurança pública e o setor político. Dá-se, assim, que o aparelho estatal fica paralisado, conforme Silva (2014, p. 12), possibilitando a liberdade de atuação dos criminosos em diversos campos, logo que a repressão estatal fica comprometida.

Destarte, em razão da grande acumulação de capital com origem ilícita, as organizações se veem frente à necessidade de “legalizar” o lucro obtido ilicitamente, motivo pelo qual criam empresas de fachada com o objetivo precípuo de “lavagem de dinheiro”. Há ainda aqueles que temendo a necessidade futura de fuga do país, ou ainda pelo fato de não conseguirem efetivar práticas financeiras destinadas a esconder a origem do dinheiro ilícito nas empresas de fachada, depositam grandes somas nos chamados paraísos fiscais.

A sobrevivência dos grupos criminosos depende do seu alto poder de coação, razão pela qual fazem valer a “lei do silêncio”, sob pena de cruéis represálias. A exigência do silêncio não abrange apenas os membros do grupo, mas também familiares, membros da comunidade onde o grupo está inserido ou qualquer pessoa que possa vir a ter conhecimento de seus atos, decorrendo disso que é

difícil para a polícia conseguir alguém que esteja disposto a testemunhar nesses casos. O temor sentido frente à organização criminosa é plenamente justificável, visto que seus correligionários costumam se vingar nos familiares do delator quando não conseguem colocar as mãos nele próprio.

1.3 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL

A “cultura” das instituições criminosas está de tal modo arraigada na sociedade que paira no inconsciente coletivo uma inferência da inevitabilidade da coexistência do poder paralelo com as instituições estatais e empresariais lícitas. Isto se dá pelo descrédito no poder público, ocasionado por repetidas denúncias de corrupção e a ineficiência no combate aos crimes. Essas conclusões, conquanto não estejam diretamente calçadas em publicações do ramo jurídico, são inegavelmente verdadeiras, o que as torna legítimas para figurarem nesta pesquisa científica. Neste sentido é oportuno mencionar a crítica de Carvalho (2015, p. 47), o qual assevera que “os juristas teóricos e os atores processuais têm aversão à vida”. A pesquisa científica é efetuada por um ser humano que vive em sociedade e não pode olvidar os acontecimentos reais de que toma conhecimento, análogos ao tema investigado.

Destarte, é possível extrair das explanações de Ferro (2012, p. 275-278) que, via de regra, o crime organizado se estrutura, alternativamente, em duas formas básicas, quais sejam, horizontal ou verticalmente. Conhecer as formas de organização desses grupos é importante para compreender os movimentos ordenados que seus membros efetuam na concretização de delitos reiterados e permanentes.

Por estrutura horizontal, entenda-se a organização que tende para um modelo corporativista, no qual os integrantes agem em comunhão de objetivos, os quais são levados a cabo por meio da divisão de tarefas e onde alguns membros desfrutam de prestígio decorrente do tempo que integra a organização, de demonstração de inteligência e capacidade estratégica, dentre outras características que os fazem desfrutar de poder pessoal. Cabe ressaltar que, mesmo que haja participação nas decisões, não significa que não haja hierarquia, há apenas uma flexibilização dela.

A organização de estrutura vertical se diferencia por primar por uma rígida hierarquia, na qual há um chefe maior do qual emanam as estratégias e decisões de importância. Nessa estrutura tendente ao modelo de rede patrimonial, as posições mais privilegiadas poderão decorrer de um eventual vínculo de parentesco com a cúpula. Normalmente há uma classe intermediária que cuida do gerenciamento das atividades repassando as diretrizes, oriundas da chefia superior, para a base da organização e supervisionando as atividades fins do grupo.

De acordo com Ferro, a constituição clássica é a vertical, que tem como exemplo mais difundido as máfias italianas, as quais foram imortalizadas em filmes cinematográficos com a figura do poderoso chefe de clã, que não admite ser questionado e detém o respeito dos correligionários, formados, predominantemente, por indivíduos da mesma etnia.

Por oportuno, segue a transcrição de um trecho no qual Cervini (*apud*, FERRO, 2012, p. 277) expõe reflexão acerca das formas organizacionais mais aproximadas que vigoram na realidade do crime organizado contemporâneo:

Nos últimos tempos se apresentou uma discussão sobre o modelo de estrutura organizacional que têm estes grupos. Para alguns, a referida estrutura responde a um modelo burocrático corporativo. Seria a posição [...] que vê no crime organizado um sistema social racional centralizado, clandestino e monolítico. Outra posição sustenta a existência de um modelo empresarial de acordo com o qual a criminalidade organizada seria uma espécie de extensão e transferência dos princípios de negócios legais aos âmbitos ilegais. Uma terceira perspectiva põe em dúvida em que medida a delinquência organizada está em 'realidade' organizada em lugar de constituir tão-somente (sic) uma rede de pessoas vagamente associadas que empreendem individualmente atividades delituosas relacionadas. De acordo com este último critério, só existiriam redes informais de relações entre patrocinadores e clientes. [...] Em geral, a opinião dominante entre os expertos nas formas mais aperfeiçoadas de delinquência organizada é que ao menos as práticas extorsivas, o comércio ilícito de armas, tráfico de mulheres, contrabando de mão de obra estrangeira, utilização fraudulenta de instrumentos de crédito, tráfico ilícito de órgãos e tecidos e o já mencionado tráfico de drogas são atividades que contam com redes de delinquentes altamente organizados, de grande coesão, que perseguem metas e objetivos comuns, dentro de uma estrutura de poder rigidamente hierarquizada que se estende através dos países [...].

Em virtude do dispositivo legal em pauta vigorar apenas no território nacional, as exemplificações a respeito dos grupos criminosos organizados terão como destaque aqueles que operam neste país, sendo conhecida a sua existência,

ainda que, obviamente, não reconhecidos como instituição representativa de grupos sociais.

1.4 EXEMPLOS DE GRUPOS CRIMINOSOS NACIONAIS

Dada a complexidade da estrutura e das atividades dos grupos ilícitos organizados, é mister apresentar exemplos que contribuam para o melhor entendimento dos conceitos, evitando um nível tal de abstração que desvincule a teoria da realidade, razão pela qual serão, sucintamente, comentados dois dos mais conhecidos grupos criminosos do país, são eles, o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital.

Antes, porém, é preciso que se afirme que o território nacional não tem a “tradição” de hospedar as denominadas máfias, que obedecem ao modelo de estrutura vertical, o que não impediu que o panorama nacional se mostrasse terreno fértil ao desenvolvimento de vários tipos de organizações criminosas, mais afetas ao modelo de estrutura horizontal, adaptadas ao modo de viver da população local e ao cenário político vigente.

Com notória versatilidade e criatividade os criminosos locais enveredaram pelos mais diferentes caminhos na sanha implacável para, não só acumular vultosos lucros, mas principalmente para angariar poder pessoal.

Conquanto haja, no país, numerosas associações criminosas, dois grupos se destacaram e obtiveram fama devido à influência que exercem dentro dos presídios e fora deles, a saber, o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital (PCC), ambos têm em comum a origem no sistema penitenciário.

O Comando Vermelho foi criado no Rio de Janeiro, nas décadas de 1970 e 1980, liderado por narcotraficantes detidos no presídio de Bangu I, os quais teriam posto em prática lições aprendidas com presos políticos da época do regime militar, conforme Amorim (1994, p. 20-29). A doutrinação direta dos presos políticos e a leitura de publicações sobre técnicas de guerrilha aliadas à vontade de estabelecer um regime de condutas que tornasse suportável a vida carcerária, foi o impulso inicial que fez florescer o Comando Vermelho. Os objetivos visavam, ainda, estender

a influência para além dos muros da prisão, montando assim uma rede de comando para orientar a prática de crimes com o fulcro de obter lucros destinados à manutenção das despesas com as famílias dos presidiários, os gastos com advogados e suprimentos para os próprios detentos. O tempo provou que aqueles presos fundadores do Comando, bem como seus sucessores, obtiveram êxito em seu intento, angariando apoio das populações urbanas negligenciadas pelas políticas públicas, como é possível depreender do excerto a seguir.

A crueldade desses homens, que os jornais populares não se cansam de mostrar, geralmente se aplica ao inimigo, aos bandidos rivais, aos delatores, aos elementos infiltrados da polícia, aos covardes. Na comunidade carente, os chefões do crime organizado são pessoas bem-vistas, tratadas até com certo carinho. É que, para ter negócios lucrativos, o tráfico de drogas precisa de tranquilidade. (AMORIM, 1994, p. 11)

Esta organização criminosa serviu de inspiração para a formação de vários outros grupos similares, dentre os quais se destacou o Primeiro Comando da Capital (PCC), que teve sua gênese em São Paulo na década de 1990, no presídio anexo à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté. De acordo com Christino (2001, p. 66) a utilização da “sigla PCC é emblemática de sua origem com veios políticos ligada aos ensinamentos de quem teve contato com a repressão, os termos indicam também hierarquia (Primeiro), organização de uma sociedade (Comando) e base de atuação (Capital)”.

O PCC estendeu seus tentáculos por muitos estados da federação, de sorte que é escrachada a adesão dos presidiários à “ideologia” desse grupo criminoso, sendo abundantes as imagens na rede mundial de computadores; nas quais presidiários entoam, orgulhosos, as palavras de ordem do PCC. As atividades desse grupo se ligam, além do narcotráfico, à corrupção dos agentes de segurança pública, ao financiamento de fugas e resgates de presos, comércio ilícito de armas de fogo e atividades afins, conforme Silva (2013, p. 9-10).

Diante da abrangência do campo de atuação dos grupos criminosos, como os citados acima, e da dificuldade de combater eficazmente os delitos cometidos, os representantes do Estado preocuparam-se em positivar normas legais visando reduzir o campo de influência daqueles e fornecer meios para que os agentes

policiais e os órgãos de justiça pudessem agir responsabilizando os autores dessas condutas ilícitas de cunho eminentemente intelectual.

1.5 APRIMORAMENTO LEGISLATIVO

Restringindo a explanação quanto à evolução legislativa, ao ordenamento jurídico nacional, nas últimas três décadas, cumpre mencionar os mais notáveis dispositivos que vigoraram acerca de crime organizado.

Em meados da década de noventa, foi promulgada a Lei nº 9.034/95 que se dispunha a combater a criminalidade organizada. Esse dispositivo trouxe certa confusão ao mencionar organizações criminosas em seu preâmbulo, mas dispor apenas quanto à quadrilha ou bando em seu bojo, polêmica esta que pôde ser dirimida, no entender de Gomes (2010, *on line*), pela interpretação da vontade da lei. O dispositivo legal recebeu uma luz esclarecedora sobre os pontos conflitantes após as alterações trazidas pela Lei nº 10.217/01, quando, então, foram inseridos os termos organização criminosa e associação criminosa aos dois primeiros artigos.

É inevitável tornar a citar a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), que apesar de não ter se originado no cenário brasileiro, foi incorporada à legislação pátria por meio do Decreto nº 5.015/2004 e teve o conceito de crime organizado utilizada pelos intérpretes do direito na composição das lides. Porém, verifica-se que houve hesitações quanto à aplicação da Convenção para julgamentos, valendo citar como exemplo o acórdão relativo ao HC 96007/SP (BRASIL, STF, 2012, *on line*), pelo qual o STF considerou que o acolhimento da Convenção, por meio do supracitado decreto, era insuficiente, visto que a lacuna no ordenamento interno não foi preenchida automaticamente pela posição de signatário do Estado, conforme o relatório do recurso acima citado. Nesse sentido, em seu voto o Ministro Relator Marco Aurélio se pronunciou:

Não é demasia salientar que, mesmo versasse a Convenção as balizas referentes à pena, não se poderia, repito, sem lei em sentido formal e material como exigido pela Constituição Federal, cogitar-se de tipologia a ser observada no Brasil. (BRASIL, STF, 2012, *on line*)

Por sua vez, a Lei nº 12.694/12, até a época em que foi promulgada, constituiu a tentativa mais eficaz de tratar do tema, eis que além de trazer uma definição formal do tipo penal no artigo segundo, contribuiu significativamente ao prever a formação de órgãos colegiados, em primeira instância, para qualquer ato processual relativo a crimes de organizações criminosas.

Cabe mencionar, porém, que com o advento da Lei nº 12.850/13, ocorreu um aparente conflito com a lei anterior, de 2012, de acordo com Bitencourt (2013, *online*). Em princípio, como não houve a expressa revogação da Lei nº 12.694/12, a definição de organização criminosa trazida por esta ainda estaria vigorando, do que acarretaria a dúvida quanto à aplicação do conceito expresso nesta ou na nova Lei nº 12.850/13. Porém, este possível ponto conflitante é ilusório, pois resta claro que a definição posterior revogou a anterior, tanto é verdade que a lei 12.850 alterou o artigo 288 do Código Penal, extinguindo os tipos de quadrilha ou bando e transformando a ação delituosa equivalente para o que passou a denominar-se *associação criminosa*, a qual se comporá, dentre outras características, de três indivíduos. Assim, fica óbvio que não há que se falar em aplicação da definição contida na lei de 2012. Portanto, tendo em vista o que prescreve o Decreto Lei nº 4.657/42 (BRASIL, LINDB, 1942), art. 2º, § 1º, “A lei posterior revoga a anterior [...] quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”, conclui-se que houve a revogação tácita do conceito inserido na lei anterior, tornando-o inaplicável.

1.6 INOVAÇÕES DA LEI 12.850/13

A promulgação da lei específica foi precedida de inúmeras discussões. Pelo fato de haver inúmeros projetos de lei no congresso nacional, versando sobre o mesmo tema, os congressistas optaram por aglomerá-los em um só amontoado na tentativa de fazer emergir dali um arcabouço coerente e aplicável para ser transformado em lei, surgindo, então, a Comissão Mista Especial do Congresso Nacional⁵. Esta comissão era

⁵ Comissão Criada a partir do RQN nº 01, de 2002/CN, de autoria do Senador Ramez Tebet. Ementa: Requerem a criação de uma Comissão Mista Temporária [...] para, no prazo de 60 dias, levantar e diagnosticar as causas e efeitos da violência que assola o País, ouvindo-se para tanto, Governadores de Estados, Secretários de Segurança Pública, Comandantes das Polícias Cíveis e Militares, Diretores

destinada a levantar e diagnosticar as causas e efeitos da violência, sendo dividida em subcomissões, em razão das matérias, como crime organizado, narcotráfico e lavagem de dinheiro.

O trabalho da comissão resultou no anteprojeto de lei que tratou das “organizações criminosas, os meios de obtenção de prova [...], o qual procurou contemplar as propostas em tramitação no Congresso Nacional e a tendência internacional no tratamento da matéria”, segundo Silva (2014, p. 23). Aprovado no Senado e na Câmara, esse anteprojeto deu origem ao Projeto de Lei nº 6.578/09, cujo conteúdo foi discutido e aprovado, e partir dele foi sancionada a Lei 12.850/13.

A inovação mais evidente da Lei 12.850/13 é expressa pelo § 1º, art. 1º, constituindo-se no acréscimo do número de integrantes para 04 (quatro), ao invés de apenas 03 (três) integrantes anteriormente previstos pelo art. 2º da Lei nº 12.694/12. Trouxe também a locução “infrações penais”, aqui entendida como contravenções penais, ampliando, assim, a abrangência dos ilícitos passíveis de sanção pela sua vigência, que no dispositivo anterior previa apenas crimes.

Destarte, Nucci (2013, p. 16) chama atenção para o fato de que o englobamento das infrações penais ao nicho punitivo da lei não alcançou efetividade, visto que a lei delimita as sanções “a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos”. Como não há contravenções penais com pena superior a quatro anos, logo, as contravenções penais cometidas por grupos criminosos organizados, na prática, não serão abarcadas pela Lei 12.850.

O mesmo autor sublinha haver três prescrições na legislação prevendo ilícitos cometidos de forma organizada. Há a Lei de Drogas (Lei 11.343/06) que, no artigo 35, criminaliza a circunstância associarem-se duas ou mais pessoas com o fim de praticarem crimes. Há também o artigo 288 do Código Penal, que, atualmente, prevê a associação criminosa formada por três ou mais pessoas. Por fim, a Lei 12.850 que exige um mínimo de quatro pessoas. Restou variantes no

de Presídios e outros especialistas e autoridades ligados à área e requisitando-se cópia de todas as proposições em tramitação em ambas as Casas, para consolidá-las em uma única proposta de emenda à Constituição ou em um único projeto de lei, conforme o caso, visto a uma tramitação em ritmo acelerado tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=49383> Acesso em: 06 jun. 2015.

enquadramento, ora tendo mais valor a natureza do ilícito cometido (por exemplo, os crimes relativos a drogas), e ora prevalecendo a quantidade de pessoas envolvidas, por questão da escolha de política criminal. Decorre disso que, embora não tenha havido uniformização, para o ordenamento jurídico, resta que o número mínimo de quatro integrantes é necessário para validar a caracterização de organização criminosa.

É importante anotar que Bitencourt (2013, *on line*) coaduna com a reflexão exarada no parágrafo anterior quando afirma que “nessa opção político criminal o legislador brasileiro reconhece o maior *desvalor da ação* em crimes praticados por organização criminosa ante a complexidade oferecida à sua repressão e persecução penal”. Essa assertiva implica em que o legislador preferiu dar enfoque à conjuntura da confraria criminosa, deixando os crimes materiais em segundo plano.

Da análise da lei, depreende-se que a escolha se deu em razão da dificuldade de se identificar os integrantes das organizações criminosas e comprovar o seu vínculo, que é quesito necessário para tornar possível a responsabilização pela institucionalização do crime.

O legislador compreendeu que embora seja essencial a sanção aos crimes insertos há muito no direito material, a periculosidade se alavanca notavelmente quando indivíduos se organizam para praticar atos ilícitos de forma estruturada e reiterada, aproveitando-se daquilo que Ziegler (2003, p. 15) chama de “deficiência imunológica dos dirigentes da sociedade capitalista contemporânea”. É fato que onde o Estado falha o crime organizado encontra terreno fértil para expandir sua influência. Essa influência pode ser dar por vias diversas, dentre elas a chantagem e a coação, mas comumente sendo permeada pela fomentação da corrupção de agentes públicos.

As discussões sobre a temática da lei, consistem em um esforço para combater a criminalidade de grande monta, por meio das quais os envolvidos angariam vultosos lucros e causam substancial prejuízo à sociedade. Destarte, cabe colecionar aqui o parecer de Ziegler (*apud* SILVA, 2014, p. 31):

[...] a repressão do crime organizado vai bem além da busca da eficiência penal, pois trata-se de uma questão de Estado. Pelo seu gigantesco poder financeiro, a criminalidade organizada influencia secretamente a área econômica, a ordem social a administração pública e a justiça.

É essa influência nefasta, descrita no trecho supra, que a lei tem como alvo. Embora se disponha também a sancionar delitos perpetrados por grupos de pequeno e médio alcance lesivo, a vontade da lei é alcançar e dismantelar organizações que se infiltram pelas repartições públicas e mantêm ramificações em diversos ramos da sociedade, não raro adotando ares de legalidade com a criação de empresas cuja finalidade é servir de disfarce às atividades ilícitas dos envolvidos, bem como transformar os lucros ilegítimos em patrimônio legalmente aceito, fato este conhecido nos meios policiais e judiciais. Tal assunto, conquanto relevante, não será objeto de análise mais profunda, logo que lavagem de dinheiro não é o foco da presente pesquisa.

2 TEORIA DA PROVA PARA COMPREENSÃO DOS MECANISMOS PROBATÓRIOS RELATIVOS AO TIPO PENAL

O poder estatal, como detentor da tutela jurisdicional, possui o dever de garantir a paz social, sendo que para tanto necessita de meios para fazê-lo, de modo a possibilitar uma resposta sempre que haja evidências de que uma norma penal foi descumprida, esse meio é o processo penal, o qual nas palavras de Dinamarco (2009, p. 179) é um sistema aberto e dependente.

Cabe aqui a interpretação de que um processo penal dependente significa carente dos instrumentos necessários a uma ação penal legítima, composta de seus requisitos, quais sejam, os sujeitos processuais (Estado-juiz, autor e réu) e a pretensão ilidida, que na esfera penal é constituída pela alegação de descumprimento de uma norma do direito material.

Assim, com a finalidade de efetuar o seu propósito acusatório, o representante do Ministério Público argumentará embasado em provas, ao que o acusado se verá no direito de refutá-las e também apresentar eventuais provas da inocência do réu. Frise-se que ao acusado não é obrigatória a apresentação de contra provas, e tampouco incumbe ao réu a comprovação de negativa de autoria ou excludente de ilicitude, conforme interpretação dos dizeres de Lopes Jr. (2013, p. 427). É exclusiva do órgão acusador a obrigação de comprovar a tese acusatória. O réu, por sua vez, está protegido pelo princípio da inocência, que é uma das mais eminentes garantias do estado democrático de direito.

Ocorre que para que toda a dinâmica processual estabelecida possa não só culminar na sentença, mas também possibilitar o exercício da acusação e da defesa, é essencial o elemento prova, sobre a qual se darão as argumentações de ambas as partes.

Dada a importância do elemento prova, é oportuno sublinhar a sua diferença em relação ao conceito de juízo. Nesse sentido Marinoni (2004, *on line*) explica que “o juízo é formado a partir do raciocínio do juiz, que recai sobre a afirmação do fato, a prova produzida, e as peculiaridades da situação do caso concreto (por exemplo, a

difficuldade de se demonstrar a alegação e a sua credibilidade, dentro das regras de experiência do magistrado)”, a prova, por sua vez, constitui a materialidade de um fato alegado que possibilitará a formação da convicção do magistrado.

2.1 CONCEITUAÇÃO DE PROVA

Prova é um quesito de importância tal que a doutrina reiteradamente se debruça para aperfeiçoar sua conceituação, pelo que é oportuno colecionar a definição de Nucci (2014, p. 282):

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo **prova**: a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo. [grifos do autor]

A prova constitui o cerne do processo, ela tem como função servir de reconstrução do fato ilícito ocorrido, evidenciando da maneira mais clara possível a autoria e a materialidade de um crime. A busca pela prova decorre da necessidade de chegar-se à verdade real dos fatos. Entretanto, Lopes Jr. (2013, p. 441) adverte que essa verdade real pretendida é ilusória, pois “quem fala em verdade real confunde o “real” com o “imaginário”, pois o crime é sempre um fato passado, logo, é história, memória, fantasia, imaginação. É sempre imaginário, nunca é real”.

O supracitado autor defende a tese de que chegar-se à verdade absoluta dos fatos é algo impossível, logo que não há como reconstruírem-se as circunstâncias existentes quando do fato originário. Entretanto, a citação acima não deve ser tomada como premissa absoluta, tendo em vista que “imaginário” é um adjetivo melindroso para classificar as provas dos autos, pois se as provas fossem fantasiosas e inconsistentes, não poderiam ser tidas como tal. Frise-se que a instrumentalização do processo demanda em rigor das evidências colhidas, notadamente das provas, as quais são determinantes na resolução da lide.

Entendimento parecido com a tese acima colecionada é expresso por Dinamarco (2009, p. 279) quando afirma:

A *certeza* é outro dogma, zelosamente guardado e cultivado entre os juristas e na teoria do processo. Ela tem muito a ver com a verdade, da qual constitui *manifestação subjetiva*. Considera-se que existe certeza quanto a determinada proposição, quando a mente afasta todos os motivos divergentes, ou seja, aqueles que conduziriam a desacreditá-la, para então racionalmente aceitar os motivos convergentes (...). [grifos do autor]

Vale ponderar que as decisões judiciais não teriam legitimidade se fossem embasadas meramente em subjetividades da mente do julgador (excluído aqui o júri, juízes leigos). Conquanto respeite-se o princípio do livre convencimento do juiz, as decisões deste deverão ser fundamentadas e a coluna de sustentação desta fundamentação são as provas dos autos. Dessa forma, considerada a seriedade desse tipo de decisão, as provas precisam ser autênticas não deixando margem para especulações, principalmente no que tange às provas científicas.

Outrossim, na esfera jurídica, é necessário circunscrever as argumentações às provas existentes, pois, apesar da possibilidade de haver algo que não foi levado a conhecimento nas fases inquisitiva e processual, o conflito expresso na lide precisa ser dirimido, não podendo se alongar indefinidamente o processo, sob pena de comprometimento da prestação jurisdicional e promoção do sentimento de insegurança jurídica e social.

Nesse sentido incumbe mencionar aquilo que Ferraz Jr. (2013, p. 25) chama de “*princípio da inegabilidade dos pontos de partida*”, o que significa dizer que para que o processo seja viável e o Estado atenda ao dever de tutela das pessoas, zelando pelos princípios de celeridade e eficiência, as ponderações devem ser limitadas ao que a legislação estipula e às peças adstritas aos autos. Segundo o autor, a resolução de conflitos pressupõe duas exigências, a saber, a vinculação das normas e a decidibilidade de conflitos, pois embora possa, e até mesmo deva, haver uma interpretação das leis, as argumentações decorrentes somente serão válidas se estiverem em conformidade com os padrões dogmáticos.

Considerando que a presente pesquisa acadêmica se debruça sobre a letra da lei que versa sobre organizações criminosas, é forçoso sublinhar que a aplicação desse dispositivo legal, também, deverá ser limitada por uma interpretação

dogmática. Vale aqui reiterar que, conforme Ferraz Jr. (2013), o legislador escolhe, dentre as possibilidades existentes, aquela que mais se afigura adequada para traduzir a vontade intrínseca da sociedade. Em consequência disso, a interpretação da norma deve estar restringida à letra da lei, porém sem deixar de contemplar a realidade circundante e as circunstâncias do fato punível.

2.2 A PROVA COMO QUESITO FUNDAMENTAL

É inegável que a prova é essencial para a validade do processo, restando que o elemento probatório destina-se a satisfazer as carências do processo, quais sejam, a necessidade e a obrigatoriedade. A necessidade da prova visa à construção do convencimento do julgador para confirmação da convicção deste e a legitimação de sua decisão (LOPES JR., 2013, p. 418). Por sua vez, a obrigatoriedade decorre do fato de que o julgador não pode basear-se apenas nas argumentações das partes para proferir uma sentença, visto que é imperativo que a defesa e a acusação reportem apenas o que lhes é favorável, adotando um modo extremamente subjetivo de encarar os fatos, pelo que somente as provas conseguirão alcançar um nível adequado de objetividade. Assim é que Lopes Jr. (2013, p. 420) aduz, em síntese:

[...] o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença.

O mencionado autor defende veementemente o sistema acusatório como aquele que é adequado a produzir justiça. Pondera que o juiz deve ser um ente espectador, abstendo-se de iniciativa probatória. Insiste que o julgador deve ser, por natureza, um ignorante dos fatos, para que assim detenha um grau de imparcialidade apto à apreciação das provas que lhe forem apresentadas. Esse posicionamento se mostra, em tese, bastante adequado para uma sociedade na qual as instituições funcionassem de modo quase ideal e houvesse reduzido número de erros humanos decorrentes, por exemplo, de negligência e imperícia na lida

emanada das funções públicas encarregadas das cadeias investigativa e processual.

Entretanto, mostra-se mais coerente a visão, segundo a qual vigora realmente, no ordenamento processual pátrio, o sistema inquisitivo-acusatório. Tal é o entendimento de Nucci (2013, p. 40-41) quando alerta que, a despeito dos princípios constitucionais possuírem “inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência, etc.)”, a realidade do cotidiano forense está eivada tanto de aspectos do modelo acusatório, quanto do modelo inquisitivo.

As assertivas de Nucci são convincentes ao reportarem que a investigação dos fatos se inicia, via de regra, nas delegacias de polícia, com a instauração de inquéritos, que são procedimentos característicos do sistema inquisitivo. Nessas oportunidades são produzidas várias provas (como exames de corpo de delito, necropsia, exame pericial do local do fato), as quais serão utilizadas na fase processual, eis que estas provas não poderão ser reproduzidas em juízo, pois as evidências já terão sido desfeitas quando se encerrar a fase inquisitiva.

A despeito de sua recorrente defesa do sistema acusatório puro, o próprio Lopez Jr. (2006, p. 175), no exercício de criticar o sistema bifásico, acaba por reconhecer que, na prática, vigora o sistema misto ao dizer:

[...] a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão [...] a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada [...]

Não obstante, na prática, é comum que o mesmo juiz que atua na fase inquisitiva, deferindo pedidos de busca e apreensão ou expedindo prisões cautelares, seja também aquele que irá julgar a causa. A realidade, que está bastante aquém do ideal, impõe que seja dessa forma, o que acarreta na adoção do sistema misto. Fica claro, então, que não seria razoável invalidar um processo apenas em razão da flexibilização do modelo pretendido pelo legislador constitucional.

2.2.1 A PRODUÇÃO DA PROVA

No intuito de traçar um panorama aceitável acerca do elemento prova, é oportuno mencionar seus requisitos, quais sejam, a admissibilidade, a pertinência, a concludência e a possibilidade, conforme o entendimento de Capez (2012, p. 363).

Admissibilidade significa que a prova deve ser permitida pela legislação ou pelos costumes judiciais, tal permissão não precisa ser expressa, apenas exige-se que não haja proibição legal. Pertinência exige que a prova apresentada deva estar relacionada ao processo. Concludência quer dizer que a prova deve se prestar a esclarecer uma questão controvertida ou esclarecer dúvidas. Possibilidade denota que a prova tem que ser possível de ser produzida (CAPEZ, 2012, p. 363).

Verifica-se, pelo exposto, que a produção de provas demanda a observação de diversos pressupostos, sem os quais não será admitida.

Quanto ao procedimento probatório, cumpre citar os chamados momentos da prova, divididos em:

1º **Postulação** (denúncia ou resposta escrita): contraditório está na possibilidade de também postular a prova, em igualdade de oportunidades e condições.

2º **Admissão** (pelo juiz): contraditório e direito de defesa concretizam-se na possibilidade de impugnar a decisão que admite a prova.

3º **Produção** (instrução): o contraditório manifesta-se na possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção da prova.

4º **Valoração** (na sentença): o contraditório manifesta-se através do controle da racionalidade da decisão (externada pela fundamentação) que conduz à possibilidade de impugnação pela via recursal. (LOPES JR, 2013, p. 433) [grifos nossos]

O autor supracitado considera que o contraditório deve estar presente em todos os momentos da prova, porém, como já mencionado, muitas provas essenciais são produzidas na fase inquisitiva, de modo que fica prejudicado exercício do contraditório na sua produção, ainda que na fase processual a parte tenha assegurado o seu direito de questionar a idoneidade da prova produzida.

A produção da prova, que enseja os requisitos e momentos específicos referidos, é assunto afeto também ao grau de precisão que pode ser atingido para a demonstração da verdade. Nesse passo, pesquisado o assunto prova em diversos

autores (LOPES JR., 2013, MARINONI, 2009, NUCCI, 2013), os quais se apoiaram em teóricos anteriores, percebe-se que são quase unânimes na opinião de que é impossível atingir-se a verdade real sobre um fato. Como argumento estão, dentre outros, a impossibilidade, já referida, da reconstrução de todas as circunstâncias do fato pregresso, a subjetividade das interpretações que as testemunhas trazem sobre o fato, a tendenciosidade das argumentações das partes e a falibilidade do juiz.

À primeira vista, esta tese do não atingimento da verdade real pode ser desalentadora, pois o poder judiciário, por meio do processo, é o último recurso no qual o inconsciente coletivo deposita sua fé de realização da justiça, entendida como a demonstração da verdade com a consequente dação a cada parte o que lhe é devido.

Porém, diante do esmiuçamento dos motivos pelos quais a verdade absoluta é inatingível, como a exemplificação que Marinoni (2009, p. 37) traz sobre o exame de DNA, que tem uma margem de segurança de 99,9 %, portanto, restando uma ínfima possibilidade de falha que acarreta o não atingimento do conceito absoluto de verdade, há que se curvar, com ressalvas, às teorias de que a prova é apenas a probabilidade escolhida pelo julgador, dentre as disponíveis, para dizer a justiça, externando uma decisão.

2.2.2 APRECIÇÃO DA PROVA

A prova é o meio pelo qual o julgador é convencido da verdade processual, isto é, aquela verdade possível de ser alcançada no processo, pois, conforme referido anteriormente, é impossível chegar-se à verdade absoluta, logo que as circunstâncias do fato pregresso não podem ser reproduzidas fielmente. Destarte, o conjunto probatório apresentado ao julgador precisa ser valorado, dando-se a cada evidência probatória a consideração merecida. Para tanto, existem critérios para aferição da importância de cada prova, pelo que os mais comuns serão agora mencionados.

De acordo com Nucci (2013, p. 27-28), os sistemas mais conhecidos são três:

a.1) **livre convicção**, que é o método que permite a valoração livre das provas, não sendo exigido que o julgador fundamente a sua convicção, sendo que por ter tal característica é o sistema que prevalece no tribunal do júri, visto que os jurados não motivam o voto, seu embasamento vem expresso no art. 155 do CPP;

a.2) **prova legal**, é o sistema no qual o valor de cada tipo de prova é preestabelecido, fazendo com que o juiz fique limitado ao critério fixado pelo legislador, tendo, assim, restringida a sua atividade de julgar. Resquícios desse sistema podem ser notados nas hipóteses em que a lei exige determinada forma para a produção de alguma prova, do que o art. 158 do Código de Processo Penal é um ótimo exemplo, eis que reclama a produção de exame de corpo de delito sempre que a infração penal deixar vestígios, não podendo ser suficiente a confissão;

a.3) **persuasão racional** ou **livre convencimento motivado**, trata-se do método misto. É o sistema adotado pelo processo penal brasileiro, que está calçado pela disposição do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Prevê que o juiz pode decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, desde que fundamente sua decisão com vistas a persuadir as partes e a comunidade em abstrato.

Circunstância análoga aos sistemas de apreciação de prova são as perspectivas concernentes à finalidade da prova. Badaró (2003, p. 161) aduz que, para as teorias que defendem a impossibilidade do conhecimento da verdade absoluta, a prova serve para “dar uma aparência de legitimação racional para um conjunto de mecanismos teatrais cuja função é dissimular a realidade irracional e injusta de uma decisão judicial”.

De outro norte, o mencionado autor sustenta que para as teorias narrativistas do processo, “a prova serve como um elemento de persuasão para que cada uma das partes procure convencer o juiz de sua *story of the case*” (BADARÓ, 2003, p. 161). Para os defensores desta teoria, as provas teriam função eminentemente argumentativa, eis que há causas em que a versão verdadeira se afigura improvável, de sorte que a parte que apresentasse as provas mais convincentes obteria êxito com a decisão favorável. Essa aparenta ser a teoria mais condizente com a realidade forense.

Há, ainda, a teoria pela qual é possível chegar-se a um conhecimento verdadeiro dos fatos, ainda que não absoluto. Nesse caso, a prova tem a função de

servir como “mecanismo que permite que se realize uma escolha racional entre hipóteses diversas sobre os fatos debatidos no processo” (BADARÓ, 2003, p. 161). Para essa teoria, a prova é um instrumento de fundamentação racional dos fatos.

2.2.3 OBRIGAÇÃO DE PROVAR

A verdade é um critério de justiça, de modo que ainda que não se possa chegar à verdade absoluta dos fatos, o juiz deve decidir, dentre as hipóteses disponíveis no processo, optando por aquela que, racionalmente, possua maior probabilidade de corresponder aos fatos que ensejaram a lide, entendimento este expresso por Badaró (2003, p. 61-62). Esse autor postula que nem sempre o processo precisa ser decidido com base no ônus da prova, em razão de que a premissa maior do processo é a solução do conflito e não a busca da verdade. Exemplifica que há casos, na justiça consensual, nos quais o acusado, embora inocente, aceita a transação penal por considerá-la um mal menor do que as angústias do processo.

Ficando evidenciado que ônus é uma faculdade da parte, não sendo-lhe obrigatório o exercício, resta, contudo, que a abdicação desta manifestação de liberdade processual pode acarretar prejuízo. Em reflexão bastante esclarecedora Badaró (2003, p. 173) dispõe:

[...] para fins de análise do ônus da prova, o importante é definir o ônus como uma posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem contudo, configurar um ato ilícito.

A obrigação de a acusação provar o alegado é fato notório no ramo jurídico. Porém, não tão evidente é a possibilidade do ônus da prova recair sobre o réu. Isso ocorre, segundo Nucci (2014, p. 286), quando a defesa alega algum fato, favorável a si, que propiciará uma exclusão de ilicitude, desse modo chamando para si o interesse de produzir a prova. A observação é pertinente para demonstrar que não é

absoluta a regra de que o ônus da prova cabe à acusação. Porém, em caso do réu não conseguir comprovar sua alegação, ainda pode ser beneficiado pelo princípio do *in dubio pró réu*.

As premissas constantes dos parágrafos acima importam, para a presente pesquisa, na medida em que sublinham a necessidade da acusação produzir provas substanciais na caracterização da alegada organização criminosa. Fica claro que, conquanto o adjetivo ‘acusado’ tenha forte carga social negativa, a posição de maior sobrecarga recai sobre a acusação, que sempre tem o encargo de provar o que alega.

Tratando-se de um crime no qual as faculdades intelectuais dos chefes da organização são empregadas para fins ilícitos, decorre disso que seus autores são mais cuidadosos do que os criminosos comuns no sentido de procurar anular os rastros de suas atividades delitivas. A favor dos criminosos ainda há o fato de que, se as provas legalmente colhidas forem apenas circunstanciais, poderão ser agraciados pelo princípio da inocência.

Quanto à dificuldade de caracterizar as condutas de determinado grupo de indivíduos como inseridas no tipo penal de organização criminosa, será tratado detalhadamente no capítulo posterior a este.

3 POSSIBILIDADES PROBANTES PARA CARACTERIZAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A problemática que a presente monografia busca responder diz respeito às possibilidades e aos limites que a Lei 12.850/13 estabelece para aferição da existência de uma determinada coalizão de vontades e circunstâncias que configurem o tipo penal organização criminosa.

Por esse motivo foi dedicado todo um capítulo ao tema prova, em virtude de que é por meio desse fundamental instituto que se demonstra a existência ou não de atividade juridicamente relevante.

A caracterização do tipo penal incriminador sempre representou um contínuo desafio, logo que no embate entre os “senhores do crime” e o poder público, o último tem histórica desvantagem, em virtude de que suas ações devem ser pautadas pela legalidade, de sorte que suas incursões investigativas comumente foram cerceadas pelos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Em contrapartida, os agentes infratores sempre agiram como dotados de plena liberdade para efetuarem todas as atividades pretendidas, visto que não se impunham a observância aos dispositivos legais, esses infundidos pelos poderes governamentais, mas os quais, é sensato lembrar, são indiretamente emanados da vontade do povo.

Dada essa disparidade, a medida tomada para tentar reduzi-la foi a emissão de normas mais rigorosas, que possibilitassem mecanismos de atuação para investigação e responsabilização dos integrantes do crime organizado.

Nessa conjuntura é que a Lei 12.850/13 foi promulgada trazendo possibilidades adicionais de colhimento de provas, como se observa do artigo 3º:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e

telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. (BRASIL, 2013, *on line*)

As possibilidades de comprovação delitiva trazidas pelo artigo 3º possuem variados graus dificuldade para serem postos em prática, mas não deixam de constituir um direcionamento promissor na luta contra o crime organizado.

3.1 PRODUÇÃO DE PROVAS SEGUNDO A LEI 12.850/13

Dentre as possibilidades que a lei oferece a infiltração de agentes, as escutas telefônicas e o afastamento de sigilo se afiguram os meios mais profícuos para comprovação da associação delituosa, razão pela qual estes expedientes foram escolhidos para serem objeto de observação mais detalhada no presente estudo.

Ressalte-se que escutas e o afastamento de sigilo devem, aqui, serem tomados como designações genéricas que abrangem o disposto nos incisos II, IV, V e VI, do artigo 3º da Lei 12.850/13, pois todos esses são métodos clandestinos de colhimento de evidências.

Evidentemente essas escutas e colhimento de dados deverão ser precedidos de autorização judicial, mas o que interessa é que não se trata de uma investigação aberta, em que agentes policiais alheios à apuração do fato e membros da comunidade, ouvidos informalmente, tomam conhecimento da existência da investigação antes que se obtenha os indícios eficazes da autoria e da materialidade do crime.

É por esse aspecto sigiloso que os expedientes dos incisos II, IV, V e VI se mostram mais eficazes do que as investigações policiais convencionais. Havendo menos pessoas cientes da investigação, haverá também menos chance de que os investigados tomem conhecimento dela e realizem manobras destinadas a encobrir com mais zelo os vestígios de suas atividades.

Todavia, cabe um breve comentário acerca da eleição dos incisos acima em detrimento do celebrado expediente da delação premiada, além dos demais incisos do art. 3º. Ainda que a delação premiada possa parecer o meio mais atraente de angariar evidências da conduta ilícita, trata-se de recurso que demonstra ser exceção quando se observa um panorama abrangente das investigações e ações penais sobre o crime em estudo. Tal argumento se prende ao fato de que integrantes de verdadeiras organizações criminosas costumam honrar o pacto que firmam com os dirigentes das organizações, senão por lealdade, por temor das represálias. Tome-se como exemplo o caso do mafioso Tommaso Busquetta, que apesar de ter tido sua integridade física assegurada (pelo programa de proteção à testemunha nos EUA, depois de ser preso no Brasil em 1983), após ter colaborado com a justiça delatando muitos dos antigos companheiros e integrantes de facções rivais, teve 36 membros de sua família, dentre eles mulheres e crianças, mortos por ex-companheiros, como vingança pela quebra do juramento de lealdade à máfia (Ziegler, 2003, p. 303).

Ademais, há a polêmica quanto ao valor da colaboração premiada, que segundo Nucci (2013, p. 47), possui valor relativo, eis que “se trata de uma declaração de interessado (investigado ou acusado) na persecução penal, que pretende auferir benefício, prejudicando terceiros”.

Quanto à ação controlada, o supracitado autor a conceitua como o retardamento legal da intervenção policial no intuito de aguardar o momento oportuno que possibilite chances maiores de colheita de provas, procedimento esse que costuma culminar em prisão em flagrante (2013, p. 69).

No que diz respeito à cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal é sensata a interpretação de que não se trata exatamente de um mecanismo da verdade de um fato, segundo Nucci (2013), mas é apenas decorrência da lógica do funcionamento da máquina estatal, constituindo uma ação positiva de colaboração.

As menções acima sobre os meios de prova dos quais não haverá aprofundamento de estudo, prestam-se à obrigatoriedade de informar todos os meios que a lei oferece.

3.2 MEIOS PARA OBTENÇÃO DE INDÍCIOS CARACTERIZADORES

A princípio poderia se supor que demonstrar a existência de uma organização criminosa fosse tarefa simples, não havendo sequer problemática a justificar a presente pesquisa. Porém, a própria abrangência da conceituação da lei para o crime organizado, representa dificuldade para a comprovação do delito.

As dificuldades se iniciam já com o paradoxo ocasionado pelo fato de que os meios de obtenção de prova positivados na lei só podem ser utilizados para o crime de organização criminosa e, em contrapartida, para comprovar-se que há uma organização criminosa a ser reprimida é necessária à utilização dos meios de prova citados na lei. Assim, Bitencourt e Busato (2014, p. 96), asseveram:

[...] a Lei fala que determinadas fórmulas de investigação específicas podem ser empregadas *em qualquer fase da persecução penal* em casos de organizações criminosas, surge um interessante paradoxo: as fórmulas especiais de investigação só estariam autorizadas quando fosse demonstrada a existência de uma organização criminosa, e, no entanto, demonstrada já a existência de tal organização – como requisito para o emprego das fórmulas específicas de produção probatória -, estas seriam desnecessárias, ao menos no que tange ao objetivo de *demonstrar a existência da organização criminosa*. [grifos do autor]

Os mesmos autores chamam atenção para o fato de que medidas probatórias excepcionais deveriam ser utilizadas como *última ratio*, mas se já houvesse sido comprovada a existência da organização criminosa, a razão de ser da medida probatória perderia a justificativa. Argumentam que os expedientes do art. 3º, ao serem utilizados na busca da comprovação da possível organização ilícita, compeliaria os autores da investigação à demonstração da efetiva existência da organização criminosa, “sob pena de ver seus executores acusados de *abuso de autoridade*”. Em termos mais explícitos, as disposições da lei induziriam os investigadores ao forjamento de provas destinadas a evitar que suas ações fossem consideradas ilícitas.

Prosseguindo na mesma linha, os autores expressam entendimento de que “ainda que a enumeração processual das provas não seja taxativa, quando apontado um rol limitado ao emprego a respeito de determinado delito, resulta

imprescindível que a ele se limite”. Ademais, veem problema no fato de terem sido criadas medidas excepcionais de prova para crimes específicos, pois consideram que não deveria exceções contra o réu (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 97).

A postura adotada pelos autores denota que acreditam que os recursos do diploma legal em comento representam um abuso de poder do Estado em face dos administrados. Parecem evocar o mito do monstro estatal avançando covardemente contra pessoas fragilizadas. Ocorre que a lei não tem como alvo “ladrões de galinhas”, ela pretende atingir grupos de indivíduos com bom nível de inteligência, os quais conscientemente e reiteradamente envidam esforços para burlar as normas legais, promovendo atividades que causam prejuízos diretos a terceiros, mas cujo potencial lesivo se desdobra de forma a atingir indiretamente boa parte da população. Exemplo disso é o tráfico de drogas, que corrói dependentes, destrói famílias, e serve de alavanca para muitos outros crimes.

3.2.1 Captação de sinais e interceptação telefônica

A opção por tratar sobre os incisos II e V, do art. 3º, em um mesmo tópico se deve às similaridades desses mecanismos. São meios de acesso à comunicação, via de regra, no momento em que ela ocorre.

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; (BRASIL, 2013, *on line*)

A legislação específica de que trata o inciso supra, é a Lei 9.296/96, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, detalhando os procedimentos e limites impostos à interceptação telefônica.

Urge considerar que os hábitos dos membros da sociedade foram modificados sensivelmente, nas últimas décadas, em razão do intenso desenvolvimento tecnológico, que trouxe novas perspectivas de comunicação e de transmissão de dados. Isso afetou também o *modus operandi* do crime organizado, que passou a utilizar-se das novas tecnologias disponibilizadas. Logo, fez-se

necessário o aprimoramento legal destinado a possibilitar a comprovação do fato ilícito, efetuado por novas vias.

É nesse cenário que foi introduzido o expediente da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. Nesses termos, o legislador está se referindo a escutas, microfones, monitoramento a distância, por satélite, por antenas direcionais e outras tecnologias existentes atualmente.

Depreende-se do texto legal, que, no curso da investigação, os agentes de polícia ou até mesmo o representante do Ministério Público, possam, mediante autorização judicial, tomar as seguintes medidas:

[...] instalem aparelhos de gravação de som e imagem em ambientes fechados (residências, locais de trabalho, estabelecimentos prisionais etc.) ou abertos (ruas, praças, jardins públicos etc.), com a finalidade de não apenas gravar os diálogos travados entre os investigados (sinais acústicos), mas também de filmar as condutas por eles desenvolvidas (sinais ópticos). Ainda poderão os policiais registrar sinais emitidos pelos aparelhos de comunicação, como rádios transmissores, sinais eletromagnéticos), que tecnicamente não se enquadram no conceito de comunicação telefônica, informática ou telemática. (SILVA, 2013, p.109)

É possível notar, contudo, que a lei não disciplinou esses meios de captação de sinais, deixando aos órgãos de justiça, é o que parece, a incumbência de promover a adequação do instituto aos casos concretos que vierem a surgir, sempre devendo primar, segundo Silva, pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, visto que o expediente envereda pela vida privada dos investigados.

No que tange à interceptação telefônica, essa deve ser usada com parcimônia, logo que é uma medida cautelar sujeita aos pressupostos básicos do *fumus boni iuris* ou *periculum in mora*, devendo haver indícios da autoria do crime e também que não haja outros meios eficazes de colheita da prova. Assim, fica claro que deve ser respeitado o disposto no art. 2º da Lei 9.296/96, que enumera as hipóteses em que não se admitirá a interceptação.

Ao dizer sobre a “interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica”, presume-se que esse texto do inciso V, do art. 3º, encaminha o intérprete do dispositivo para a lei supracitada, que regulamentou a parte final do inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal. Quanto a esse assunto,

Bitencourt e Busato entendem que o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/96, que disciplina a interceptação a comunicações em sistemas de informática e telemática, está em conformidade com o texto constitucional citado, apesar desse não conter os termos informática e telemática. Os autores lecionam:

O que a Constituição da República fez e quis fazer foi simplesmente proteger a intimidade das pessoas, sempre e quando não se tratasse de matéria criminal, submetida ao rigoroso controle judicial. Não poderia o constituinte viajar no tempo para conhecer a realidade cibernética em que vivemos, em que quase toda a comunicação e relação social se estabelece pela via do envio de dados pela internet. (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 102)

Milita a favor das interceptações telefônica e telemática o fato de a lei reguladora 9.296/96 prever, no art. 1º, que essas ações correrão sob segredo de justiça, segredo esse que, caso a interceptação se dê em fase inquisitiva, perdurará até a fase processual, quando então as partes terão amplo acesso às provas, obedecendo ao princípio do contraditório e da ampla defesa, conforme os autores supracitados.

Vale ressaltar, ainda, que havendo motivos para tanto, a autorização judicial para as interceptações, segundo o art. 2º da lei reguladora, poderá advir do juiz, de ofício, ou a requerimento da autoridade policial ou do representante do Ministério Público. Outrossim, a autorização é limitada ao tempo de quinze dias, após os quais deverá haver degravação do conteúdo obtido e elaboração de relatório, que será encaminhado à autoridade judiciária, ocasião em que poderá ser pleiteada prorrogação do prazo da interceptação, devidamente fundamentada, conforme o art. 5º da mesma lei.

3.2.2 Acesso a registros e afastamento de sigilo

Os incisos IV e VI se irmanam por serem meios de acesso a registros que, excetuando-se as previsões legais específicas, têm caráter sigiloso, destinado a proteger a intimidade e a vida privada do cidadão.

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; (BRASIL, 2013, *on line*)

Ao referir-se a registros de ligações telefônicas, o legislador tinha em mente os dados que as concessionárias de serviços telefônicos mantêm, e não a conversação que o usuário manteve por meio do aparelho. Essa foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o *Habeas Corpus* 91867, textualmente:

2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. (BRASIL, STF, 2012, *on line*)

Cabe sublinhar que o delegado de polícia e o Ministério Público podem ter acesso aos registros independente de autorização judicial, de acordo com o art. 15 da Lei 12.850. Esse acesso se limita a qualificação pessoal, a filiação e o endereço do investigado, mantidas pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito, não alcançando as informações financeiras ou o teor da comunicação eventualmente efetuada pelo investigado. Assim não haveria comprometimento da esfera privada.

O acesso aos dados particulares do investigado é importante, de acordo com Silva (2014, p. 188), à medida que “o cruzamento de dados através de ferramentas de inteligência é um dos mecanismos mais eficazes de produção probatória, tratando-se de prova documental que representa atividade concreta do investigado”.

O inciso VI, que trata da quebra dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, remete a Lei Complementar 105/01, a qual no art. 1º, § 4º, inciso IX, dispõe:

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: [...] IX – praticado por organização criminosa. (BRASIL, 2013, *on line*)

O direito ao sigilo bancário e fiscal não é absoluto, de forma que balanceado o interesse do investigado e o interesse público, o último deve prevalecer, levando-se em conta que, inclusive, as instituições financeiras operam via concessão pública, o que torna o Estado um ente legítimo a reclamar a disponibilização das informações cruciais para as investigações, notadamente quanto aos crimes contra a ordem econômica e de organizações criminosas, é o que se extrai dos dizeres de Bitencourt e Busato (2014, p. 105-108).

Diferentemente do acesso a registros e dados, a quebra de sigilo depende de autorização judicial fundamentada demonstrando que não há perspectiva de que a prova necessária possa ser colhida de outro modo. No que diz respeito ao direito à privacidade, exhaustivamente discutido pelos autores mencionados nos parágrafos acima, está claro que as informações colhidas deverão se restringir ao que for pertinente para elucidação do fato, sendo obrigatório aos agentes públicos envolvidos na investigação o dever de manter sigilo, sob pena de responsabilização administrativa e criminal. Torna-se, então, desnecessário persistir no assunto do conflito de interesse público *versus* direito à intimidade, quando esse assume caráter de obviedade para qualquer pessoa que esteja familiarizada com o ambiente jurídico.

3.2.3 Infiltração de agentes

A legislação de vários países de tradição romano-germânica (Alemanha, Argentina, Espanha, Itália, Portugal) prevê a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas. Nem sempre a introdução desse instituto foi realizada de forma totalmente espontânea. Ao assinar tratados e convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, países menos influentes se veem na imposição de introduzir políticas que não se adequariam a sua realidade. O Brasil, ao aderir à citada convenção, comprometeu-se em introduzir esse mecanismo de colheita de provas (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 156-159).

A complexidade do crime de organização criminosa e o poderio que dirigentes de tais grupos detêm com a captação de recursos econômicos e a

cumplicidade de parte da população carente, ora seduzida pelas benesses do crime, ora amedrontada pelas eventuais represálias, são alguns dos fatores que determinaram a busca de novos métodos de investigação. Nessa senda arrebanhou-se o recurso de infiltração de agentes, a respeito disso Silva (2014, p. 34) informa:

[...] novos métodos de investigação pela polícia, dentre os quais **a infiltração de agentes**, transplantada dos procedimentos de espionagem e de contraespionagem realizados pelos serviços secretos para o processo penal. A introdução de policiais em organizações criminosas, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito do seu funcionamento e sua estrutura, **tem se mostrado um eficiente instrumento** para apuração da criminalidade organizada. [grifos nossos]

No ordenamento jurídico nacional, a Lei 9.034/95 inicialmente previa infiltração de agentes, mas esse item sofreu veto presidencial, de sorte que somente com a alteração trazida pela Lei 10.217/01, o ordenamento passou a prever este expediente.

Vigora, atualmente, a previsão do inciso VII, do art. 3º da Lei 12.850/13:

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; [...] Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração. (BRASIL, 2013, *on line*)

A infiltração de agentes não é utilizada frequentemente em razão das deficiências operacionais das polícias, as quais não dispõem de meios para garantir a integridade física do infiltrado. Ainda, de acordo com os autores acima mencionados, o instituto é pouco utilizado em razão de dificuldades operacionais, da extrema complexidade da preparação e logística necessárias à preparação e desenvolvimento do trabalho do agente a ser infiltrado, além da duvidosa eficiência do instituto.

Há ainda a inadmissão de o infiltrado poder cometer delitos no decorrer do período de disfarce, pois isso feriria a moralidade pública. Entretanto, a lógica faz pensar que, em alguma medida, não há como o infiltrado se furtar a infringir algumas normas legais no decurso da infiltração, pois caso se recusasse a participar das

atividades do grupo, estaria em perigo de expor sua identidade à organização criminosa, o que acarretaria em sério risco à própria vida.

Importante destacar que a lei circunscreveu a possibilidade de infiltração de agentes somente em sede de inquérito policial (art. 10º), prevendo também que a infiltração poderá se efetuada apenas por “agentes de polícia”, o que significa que o expediente se limita à polícia civil e à polícia federal, às quais o diploma constitucional reservou a prerrogativa de atuarem como polícias judiciárias (art. 144, §§ 1º e 4º, da CF), não estando, o mecanismo, disponível para os agentes de inteligência e tampouco para os servidores do Ministério Público.

A infiltração de agentes é um meio profícuo para colheita de provas, visto que o policial poderá ser testemunha ocular das condutas delitivas inseridas no art. 2º da lei: “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”.

É claro que a comprovação de autoria não irá se basear unicamente na prova testemunhal do policial que esteve infiltrado, logo que de certa forma esse é parte interessada no processo. Tendo arriscado sua vida, envidados esforços variados, modificado toda a sua rotina por período considerável, o policial tenderá, intencionalmente ou não, a descrever os fatos de modo a possibilitar a responsabilização penal do grupo investigado. Contudo, os indícios apontados pelo infiltrado, geralmente, servem de esclarecedor direcionamento para que o restante da equipe envolvida na investigação possa empreender diligências na direção correta, de modo a angariar outras provas que corroborem o testemunho daquele, havendo, inclusive, a possibilidade de que essas provas complementares sejam documentais, o que seria determinante para a caracterização dos delitos, em virtude de possuírem peso maior na valoração probatória.

A favor da utilização da infiltração de agentes, há a constatação de que “os métodos convencionais de investigação são insuficientes para combater certas formas de delinquência”, circunstância essa que leva as autoridades a recorrerem a infiltração policial “estabelecendo relação com o autor previsível da infração, para intervir no próprio processo de realização da atividade delituosa” (SILVA, 2014, p. 35). Ficam, assim, esclarecidos os principais pontos quanto à infiltração de agentes.

3.3 CONTRAPOSIÇÃO DE INTERESSES

É forçoso mencionar que a Lei 12.850/13, a despeito dos seus méritos, também é alvo de contestações. Bitencourt e Busato, por exemplo, são reticentes quanto à qualidade daquela norma legal. Iniciam sua obra com uma veemente crítica aos recursos que a lei disponibiliza para investigação do tipo organização criminosa, aduzindo, por exemplo, que as escutas telefônicas se tratam de “evidente conflito com o direito fundamental à intimidade e privacidade” (2014, p. 15).

É oportuno mencionar que não consta da bibliografia do livro acima citado autores como Ziegler, Amorim e Christino, que tratam da realidade do crime em comento e as mazelas que acarretam, razão pela qual vale reportar a reflexão de Carvalho (2015, p. 47), quando exorta que os juristas teóricos e os atores do direito possuem a tendência de distanciar-se da realidade, pois “creem na cisão artificial entre teoria e prática – como se uma construção teórica não dependesse de um mínimo de efetividade e a prática não estivesse invariavelmente informada por uma teoria”.

Outrossim, cabe lembrar que os direitos constitucionais não são absolutos, pelo que cabe a utilização de medidas diferenciadas para coibir o avanço da criminalidade. Tal é o entendimento de Silva (2014, p. 40), que defende:

[...] assim como os direitos fundamentais do cidadão, o bem estar da comunidade e a prevenção e repressão criminal também possuem assento constitucional e não podem ser sacrificados por uma concepção puramente individualista. **Os direitos fundamentais, enquanto valores constitucionais, não são absolutos nem ilimitados**, visto que a comunidade não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma ideia de responsabilidade e integra-os no conjunto de valores comunitários, afigurando-se constitucionalmente lícito ao legislador ordinário restringir certos direitos de indivíduos pertencentes a organizações criminosas. [grifos nossos]

Há farta jurisprudência a demonstrar que cabe aos tribunais ponderar e decidir quanto aos casos concretos que envolvam conflitos de direitos e garantias constitucionais, do que para exemplificar é suficiente a decisão do Supremo Tribunal

Federal referente a Rcl-QO 2040 DF⁶, que relativizou a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, disposta no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal em face da “moralidade administrativa” e da “persecução penal pública”. Além disso, há autores do meio jurídico que partilham da postura majoritária dos tribunais, tal como Moraes (2003, p. 61), que leciona:

[...] os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5.º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Constata-se, então, que não é razoável utilizar argumentações falaciosas, de desrespeito das garantias fundamentais, para desqualificar os esforços representados pelo disposto no artigo terceiro da lei.

3.4 APLICAÇÃO DOS RECURSOS DA LEI

A explanação mais detalhada, nos tópicos do presente subtítulo, acerca dos meios captadores de prova considerados mais profícuos para comprovação da existência de organização criminosa, tem a finalidade de demonstrar o que é e sobre que base se assentam tais expedientes. Somente entendendo o que cada um desses meios representa, e basicamente como são postos em prática, é que poderá ser compreendida a razão pela qual são considerados os mais eficazes.

Colheita de sinais, interceptações, afastamento de sigilo e infiltração de agentes são modos de agir na penumbra, primando pela dissimulação, pela invasão de dados. Trabalhar disfarçado, em detrimento da transparência, é forma como o poder público conseguiu um incipiente contra ataque contra o crime organizado.

⁶ Excerto da decisão do STF relativa à Questão de Ordem na Reclamação: Rcl-QO 2040 DF. Relator Ministro Néri da Silveira – Data do julgamento: 21/02/2002: Tribunal julgou procedente a reclamação e, avocando a apreciação da matéria de fundo, deferiu a realização do exame de DNA, considerada a placenta da extraditanda, indeferindo o acesso ao prontuário médico [...]. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775409/questao-de-ordem-na-reclamacao-rcl-qo-2040-df>> Acesso em: 23 maio 2015.

Para esta forma de crime grave, sorrateiro, com ramificações diversas, os métodos de investigação convencionais não surtiram efeito, então as medidas de exceção, devidamente fundamentas em cada caso concreto, se justificam. A sociedade não pode ficar a mercê de um estado criminoso paralelo. O essencial sigilo bancário e telefônico, que o ordenamento garante à todas as pessoas, não pode ser usado como pretexto para cercear a colheita de provas e o rastreamento dos valores obtidos por meios ilícitos.

A despeito da Lei 12.850 enumerar os verbos delimitadores das condutas afetas ao tipo penal, a demonstração inequívoca de que um determinado indivíduo, surpreendido cometendo um crime, integra organização criminosa, na prática, vincula-se muito ao entendimento do julgador.

Isso ocorre em virtude da dificuldade de colher-se elementos concretos da existência da associação criminosa. Via de regra, os indícios colhidos são circunstanciais. Alguns dos crimes mais cometidos, por integrantes de organizações criminosas nacionais, são o tráfico de drogas e o tráfico de armas de fogo. Tais crimes não costumam produzir provas documentais.

A título de exemplificação cabe mencionar o julgamento do *Habeas Corpus* 111.309 DF (BRASIL, STF, 2014, *on line*), no qual a maioria dos ministros do STF acompanharam o voto do relator, Ministro Roberto Barroso, concedendo o benefício especial de diminuição de pena ao réu, previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por considerarem não haver evidências de que o réu integrasse uma organização criminosa, enquanto que o Ministro Marco Aurélio, divergindo do relator e ratificando a decisão anterior do STJ, sustentou:

Entendo que, no caso, a simples participação no tráfico internacional de entorpecentes gera, por si só, o engajamento em uma trama criminosa, em um grupo criminoso. O mula, como ressaltei, é elo muito importante para a droga chegar no estrangeiro. (BRASIL, STF, 2014, *on line*)

A decisão acima citada é um exemplo de que até mesmo julgadores dos tribunais superiores interpretam a lei de modo diferente uns dos outros. Embora a concessão do benefício se deva à lei que dispõe sobre o tráfico de drogas, a Lei 12.850 já estava em vigor quando das decisões relativas ao caso, de modo que existia o conceito legal para o crime de organização criminosa, e em consequência a

interpretação das evidências dos autos quanto a esse crime estava legalmente vinculada a definição contida na lei específica.

Os julgadores utilizam sua capacidade de interpretação hermenêutica na aplicação das normas legais que tratam de organização criminosa, não em razão de deficiência da Lei 12.850, propriamente, mas devido ao fato de que, não raro, as provas constantes dos autos a respeito do envolvimento em organização criminosa não são conclusivas, como é possível vislumbrar da decisão referente ao Conflito de Jurisdição 201330315818 PA (PARÁ, TJ, 2014, *on line*), por meio do qual o pleno do tribunal paraense considerou:

III A sofisticação do plano demonstra a **existência de divisão de tarefas**, porém para este delito específico. **Inexistem** nos autos, até o momento, **elementos sugestivos** de que os criminosos formassem um grupo, com alguma pretensão **de persistência no tempo**, sem o que não se pode falar nem em quadrilha ou bando, quanto mais em organização criminosa. [grifos nossos] (PARÁ, TJ, 2014, *on line*)

Na jurisprudência acima colecionada há o quesito da estruturação, notada pela divisão de tarefas, contudo, a impossibilidade de comprovação da permanência da associação criminosa no tempo, levou os julgadores a desconsiderarem esse crime.

Corroborando os argumentos, retro utilizados, de que as escutas constituem um dos modos mais eficazes de arrecadar indícios probatórios, é viável trazer uma última jurisprudência, a saber, o *Habeas Corpus* n.º 0801891-57.2013.8.02.0900 (ALAGOAS, TJ, 2013, *on line*), do Tribunal de Justiça de Alagoas, no qual o relator aduziu:

06. Os integrantes da 17ª Vara Criminal da Capital destacaram, nas informações, os moldes em que ocorrera a prisão do paciente, aduzindo que foi encontrada grande quantidade de substâncias entorpecentes e dinheiro em poder do mesmo e sua comparsa, além de outros objetos característicos de tal prática delituosa, bem como que **na denúncia existem transcrições telefônicas onde se pode constatar a existência de uma organização** responsável pelo fornecimento de drogas nesta Capital. [grifos nossos] (ALAGOAS, TJ, 2013, *on line*)

Fica claro que, apesar de não se tratar de uma prova documental em sentido estrito, as transcrições do conteúdo das gravações relativas às escutas telefônicas, devidamente autorizadas, perfazem um indício probatório que diminui sensivelmente as dúvidas quanto à eventual existência do delito. Esse recurso, então, contribui muito para que o julgador forme o seu convencimento, não tendo que ficar restrito à sua capacidade de interpretação de evidências circunstanciais.

Considerando tudo o que foi exposto no presente capítulo, é preciso ratificar o entendimento de que as escutas, o afastamento de sigilo e a infiltração de agentes se mostram os expedientes, dentre aqueles que a Lei 12.850 disponibiliza, mais adequados à coleta de provas que caracterizem o crime de organização criminosa.

Ademais, tem-se que a dificuldade de reconhecer um grupo ilícito organizado, nos casos concretos, restou bem esclarecida. Dessa forma, a pesquisa alcançou o objetivo de demonstrar as possibilidades probantes que a Lei 12.850/13 prevê para delimitação da conduta típica de crime organizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como premissa evidenciar as possibilidades probantes, existentes na Lei 12.850/13, para caracterização do tipo penal organização criminosa. Sua relevância está em expor as dificuldades existentes para comprovação do crime, em casos concretos, eis que no cotidiano das investigações policiais e na prática forense, geralmente, as características elencadas pela lei não são obtidas de forma plena ou, ainda, por indícios inequívocos.

Na realidade da vida, os fatos se mostram nebulosos, pessoas dispostas a testemunhar são escassas, a natureza do crime dificulta sua identificação. Não há a concretude dos atos delitivos afetos ao direito material. As informações levadas aos autos, não raro, são incompletas, o que, por vezes, inviabiliza a responsabilização penal.

No intuito de promover uma exposição harmônica da temática, o primeiro capítulo foi elaborado de modo a revelar a significação de organização criminosa para o ordenamento jurídico brasileiro e as implicações sociais dessa atividade ilícita, cuja gravidade motivou um crescente aprimoramento legislativo que culminou na promulgação da lei que serviu de alicerce à pesquisa monográfica. Extraiu-se do estudo, que a existência de crime organizado é uma realidade que não pode deixar de ser enfrentada, sendo que para tanto é necessário conhecer a dinâmica dos grupos ilícitos, sua organização, sua hierarquia e seu *modus operandi* para, então, traçar uma política de repressão policial eficiente.

O capítulo seguinte foi consagrado à teoria da prova, com a finalidade de possibilitar à compreensão dos mecanismos probatórios hábeis a revelação da eventual associação criminosa. Procurou-se explicitar alguns dos conceitos mais

elucidativos sobre o instituto prova, sua produção, interpretação e aplicação no contexto do sistema misto que vigora na prática.

Por fim, o último capítulo cuidou de elencar os meios de colheita de provas disponibilizados pela lei supracitada, trazendo exemplos de decisões judiciais que sustentaram os argumentos de que as escutas, o afastamento de sigilo e a infiltração de agentes se revelaram os meios mais aptos à caracterização do tipo penal.

A adoção do método dogmático analítico, que segundo Ferraz Jr. (2003, p. 12), tem como principal função identificar o que é o direito, em face das mudanças das normas nos sistemas jurídicos contemporâneos, possibilitou a verificação de aspectos importantes inerentes a aplicação da Lei 12.850, dos quais cabe mencionar o avanço representado pela lei no combate à criminalidade organizada.

Restou demonstrado, também, que, a despeito dos benefícios que o dispositivo legal traz para as investigações relativas ao crime organizado, as dificuldades de caracterização persistem.

De outro norte, a utilização dos expedientes da lei, para comprovação do crime, tem dado bons resultados, eis que, via de regra, o expediente é escolhido de acordo com o caso concreto a ser apurado.

No tocante às garantias fundamentais, não obstante as vozes doutrinárias que insurgem contra a flexibilização dos direitos à intimidade (BITENCOURT; BUSATO, 2014), há estudiosos do direito que reconhecem a necessidade de priorizar determinados princípios constitucionais em detrimento de outros (MORAES, 2003; SILVA, 2014), em casos específicos e devidamente fundamentados.

A pesquisa, que resultou no presente trabalho, permitiu considerar que é correta a postura de flexibilização de garantias constitucionais quando há a necessidade de coibir crimes graves que possam acarretar sérios prejuízos à sociedade, como é o caso do crime de organização criminosa. Cabendo reiterar que esta flexibilização precisa ser fundamentada e sempre calçada no princípio da proporcionalidade.

Restou evidente que, ao promulgar a Lei 12.850/13, o legislador não colocou em risco a segurança jurídica. Mas antes, a edição da lei, teve o condão de zelar pela preservação da sociedade.

As medidas de exceção, constantes da lei, são indispensáveis à eficiência da causa, sem a qual o próprio Estado fica combalido, abrindo espaço para que o poder paralelo, instituído pelas organizações criminosas, invada e crie raízes, tomando conta de um espaço que não tem legitimidade para ocupar.

A lei que sustenta essa pesquisa não irá varrer a criminalidade organizada da face do país. Mas é imperioso que ela seja posta em prática, formando um constante ataque aos nichos da criminalidade. Isto importa para que haja equilíbrio, para que haja afirmação do Estado Democrático de Direito, legitimado pelas instituições que o sustentam e pela vontade do povo, na pessoa dos seus representantes.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS, Estado de. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 0801891-57.2013.8.02.0900**. Relator: Des. Fernando Tourinho de Omena Souza, Data de Julgamento: 13/11/2013, Câmara Criminal. Disponível em: <<http://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125577462/habeas-corpus-hc-8018915720138020900-al-0801891-5720138020900/inteiro-teor-125577472>> Acesso em: 06 jun 2015.

AMORIM, Carlos. **Comando vermelho**: a história secreta do crime organizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1994.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Primeiras reflexões sobre organização criminosa – Anotações à Lei 12.850/13**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa/>> Publicado em: 05.09.2013. Acesso em: 21 jun 2014.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em: 28 abr. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a convenção das nações unidas contra o crime organizado transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em: 07 nov. 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 10 nov. 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012.** Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm> Acesso em: 07 nov. 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 38.674 SP.** Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 24.04.2014, T6 - Sexta Turma. Publicação: Brasília, DJe 05 de maio de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25065240/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-38674-sp-2013-0174549-6-stj/inteiro-teor-25065241>> Acesso em: 08 nov. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 91.867 PA**, Relator: Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma. Julgado em: 24.04.2012. Acórdão eletrônico DJe 185. Divulgado em 19.09.2012. Publicado em: 20.09.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>> Acesso em: 07 jun 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 96.007 SP**, Relator Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 12/06/2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807847/habeas-corpus-hc-96007-sp-stf/inteiro-teor-112281150>> Acesso em: 08 nov. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 111309 DF**, Relator: Ministro Roberto Barroso. Data de Julgamento: 04/02/2014, Primeira Turma. Data de Publicação: DJe-070, Divulgado em 08-04-2014 PUBLIC 09-04-2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25133663/habeas-corpus-hc-111309-df-stf>> Acesso em: 07 jun. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório final da CPI da biopirataria.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/52-legislatura/cpibiopi/relatoriofinal.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2014.

CARVALHO, Salo de. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHRISTINO, Márcio Sérgio. **Por dentro do crime**: corrupção, tráfico, PCC. 2. ed. São Paulo: Fiuza Editores, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito** - técnica decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais**. Curitiba: Juruá, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Definição de Crime Organizado e a Convenção de Palermo**. Disponível em: <<http://http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 06 jun. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Que Se Entende por Crime Organizado**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2100390/que-se-entende-por-crime-organizado-parte-1>>. Publicado em 02.03.2010. Acesso em: 19 abr. 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

MAGALHÃES, Marcelo Piragibe; MAGALHÃES, Esther C. Piragibe. **Dicionário jurídico piragibe**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Simulação e prova**. Publicado em 10/2004. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/files/_SIMULA%C3%87%C3%83O-E-PROVA1.pdf> Acesso em: 23 jun. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal**: estudo sobre valoração das provas penais. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa** – comentários à Lei 12.850/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PARÁ, Estado do. Tribunal de Justiça. **Conflito de Jurisdição: CJ 201330315818 PA**. Relator: João Jose da Silva Maroja. Data de Julgamento: 29/01/2014, Tribunal Pleno. Data de Publicação: 30/01/2014. Disponível em: <<http://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/165374008/conflito-de-jurisdicao-cj-201330315818-pa>> Acesso em: 06 jun 2015.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas** – aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

SOUZA, Fabiane Amaral de. **Organizações criminosas**: a problemática decorrente da inexistência de legislação apta a prevenir e reprimir o crime organizado. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_2/fabiane_souza.pdf> Acesso em: 19.04.2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2013.

YOKOYAMA, Marcia Caceres Dias. **A produção da prova penal**: limites impostos como reflexo do direito ao silêncio. Disponível em: <http://www.anchieta.br/unianchieta/revistas/direito_new/pdf/direito15_3.pdf> Acesso em: 18 jun. 2014.

ZIEGLER, Jean. **Os senhores do crime**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

OBRAS CONSULTADAS

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. Título original: *La Vérité et lês Formes Juridiques*.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico**: Explicitação das Normas da ABNT. -16. ed. Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2012.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HOBBSAWM, Eric John Ernest. **Bandidos**. Tradução: Donaldson Magalhães Garschagen. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1976. Título original em inglês: *Bandits*.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 04. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime organizado**: uma categorização frustrada. **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Relume Dumará, ano 01, nº 01, p. 45-63, 1996.